✠

ADDICCION
A LA DEFENZA JURIDICA,

hecha por Doña Maria Nicolasa de Cabrera, y Castro, Muger legitima de Don Eusebio Ladron de Guevara,

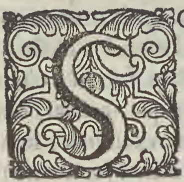
EN EL PLEYTO, QUE SIGUE

con Doña Maria Laura de Castro, Muger que fue de Don Gaspar de Castro,

SOBRE EL DERECHO AL VINCULO,

que ambos fundaron, y en que pretende se revoque la Sentencia del Ordinario, que se declarò deber ser excluida la dicha Doña Maria Nicolasa, por la contravencion à una condicion, y que se declare tocarle, y pertenecerle, otorgando la Doña Maria Laura Escriptura de Fundacion, en que manifieste su permanencia con irrevocabilidad, ò revocando desde luego, y caso negado esto no haya lugar, se declare tocar, y pertenecer à D. Juan Ladron de Guevara su hijo.

SUPER VACUA, ET LATA CUM TÆDIO LEGUNTUR: Casiod. *Lib. 2. variar. cap. 29. in fin.*



ON SIEMPRE FASTIDIOSOS LOS escritos largos, con que para evitar tan preciso tedio, fundarèmos en este con la mayor concision, y brevedad los fundamentos, y doctrinas, que à mas de los que contiene la primera Alegacion de Doña Maria Nicolasa, pueden afianzar mas su justicia, por si logra ya, que en la instancia de vista no tuvo la fortuna (1.) de obtener, conseguir en esta Determinacion favorable: No, pues, se contemple ocioso este trabajo; que si la gravedad de la materia no permite conocer la buena fè desistiendose, como se debe executar (2.) en causas de distinta naturaleza, sino que se deben seguir por todos recursos, hasta las ultimas sentencias, segun resolucion de Pegas, (3.) nunca estará demas, quanto pueda acreditar mas la razon en que se funda.

(1.) *L. eos § super his Cod. de Apellat.* Ibi: *Pro fortuna cujusque sententia profertur.*

(2) *Cap. licet Heli de Simon.*

(3.) Alvarez Pega *resolut. forens. cap. 4. num 8. ad medium.* Ibi: *Possessores Majoratuu non possunt bonam fidem agnoscere, sed debent spectare sententias, aut intentare revisiones.* Mier. *De Major. 4. part. quæst. 14. n. 92.* Lar. *De vit. hom. cap. 20. n. 56.*

A este proposito ceñidos à dos puntos reflexionarémos, que no huvo el comunicato, que supone la Comissaria, ni es bastante su asercion á persuadirlo con tan conocido perjuicio de tercero: que debió haver hecho la fundacion del Vinculo, llamando en primero lugar à la Doña Maria Nicolasa, ó haver hecho expression de su exclusion por la contravencion de la condicion, y que en quanto assi no lo hizo, contravino à la voluntad del Don Gaspar, y que sin embargo se debe entender llamada la referida, y su descendencia.

PUNTO PRIMERO.

NO HUVO TAL COMUNICATO, NI LA asercion de la Comissaria basta á persuadirlo con tan conocido perjuicio de tercero.

EL haver Doña Maria Laura, como Comissaria de Don Gaspar de Castro su Marido, declarado (1.) haverle este comunicado era su voluntad se pusiesse en

(1) *Memorial ajustado fol. 11.*

el

el Teſtamento la condicion de que el poſſeedor, ò poſſeedora del Vinculo, que fundaba, huvieſſe de caſar à guſto, y con conſentimieuto de los referidos, ó del que de ellos ſobrevivieſſe, quedando excluidos de la ſucceſſion en caſo de no executarlo aſsi, y qne fue con animo de remover á ſu ſobrina Doña Maria Nicolaſa, á quien tambien declara ſué ſu voluntad ſe llamaſſe en primer lugar, de que ſe caſara con Don Euſebio Ladron; nos eſcuſa de examinar, ſino haviendoſe contenido ſemejante condicion, como no ſe contiene, en el Poder reciproco, que ambos ſe otorgaron para la fundacion de dicho Vinculo, pudo la Comiſſaria haverla puesto; y sì ſin embargo de ſer doctrina del ſeñor Molina (2.) con el comun de todos los A.A. Eſpañoles, que el Comiſſario para fundar Mayorazgo, y nombrar ſucceſſores, no les puede imponer gravamen, ni condicion, por ſer ſu facultad tan eſtrecha, y limitada, que aunque la tenga para excluir al Primogenito, prefiriendo al ſegundo, (3.) no ſe eſtiende à los Nietos, pues aunque eſtos no ſe contemplen tan amados, (4.) no le permite ſu extenſion á otros deſcendientes, pudo haverlo hecho en fuerza de las amplias facultades concedidas en el Poder, por ſer eſta una de las tres claſſes, en que diſtinguen magiſtralmente los A.A. eſtos cometidos; y con eſpecialidad los S.S. Caſtillo, y Almanza; (5.) pero como quiera, que oy ſe trata de voluntad, y no de poteſtad, y aquella ſea la cauſa eficiente de eſta en los Comiſſarios, (6.) ſolo nos toca vér, ſi la del Don Gaſpar fuè el que ſe puſiera ſemejante condicion con el animo, que ha declarado ſu Comiſſaria, à quien como que es el fundamento de ſu intencion, le incumbia haverlo juſtificado plenamente. (7.)

Por lo regular en las queſtiones de ultimas voluntades, es preciſo recurrir á conjeturas, y probables preſumpciones, por la falta de pruebas â que eſtân expueſtas: (8.) En el preſente caſo no ay otra de la voluntad del Don Gaſpar, que la Declaracion de ſu Comiſaria; ſi à eſta ſe ha de eſtar, qual ſería el fruto de las pátrias Leyes, (9.) què por lo ſoſpechoſo, que les es eſte oficio, les

(2.) D. Molin. *De Primog. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 18. D. Rox. *De incomp part.* 3. *cap.* 1. *n.* 20. D. Caſt. *lib.* 5. *cap.* 161.

(3.) Paz de Tenut. *trat.* 1. *cap.* 34. *ex num.* 123. *uſq ad* 125 Mant. *lib.* 8. *tit.* 8. *n.* 8. *de coniut.*

(4.) *Idem* Paz *ubi proxime.* *L. cúm Pater* §. *á te peto. ff. de legat.* 2.

(5.) D. Rox. Alm. *Diſp.* 2. *quæſt.* 2. *n.* 1. 12. 29. & 71. D. Caſt. *lib.* 4. *cap.* 36. *n.* 1. *uſque in fine.*

(6.) *Carp. de execut. teſtam. lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 37.

(7.) D. Caſt. *lib.* 6. *cap.* 36. *n.* 65. & 66. Pation. *de probationib. tom.* 1. *cap.* 8. *per totum.*

(8.) Mier. *De Major. in init.* 2. *part. n* 1. Caſt. *lib.* 2. *cap* 4. *n.* 58. Mantic. *De Conjectment. teſt lib.* 3. *tit.* 2. *num.* 1.

(9.) *A L.* 31. *uſque ad* 39. *Taur.*

les prohiben todas las acciones de alguna importancia, ſin dexarles otro advitrio, ſino para diſponer lo que eſpecial, y ſeñaladamente conſtáre en el Poder: Preſtar una total deferencia à las Aſerciones de aquellos miſmos de quienes las leyes fundamentales de la Nacion deſconfian tanto, ſeria arrieſgarſe à tropezar en los inconvenientes, que ellas tratan de evitar; bien es verdad, que algunos (10.) quiſieron que â ſus declaraciones ſe eſtuvieſſe, interviniendo juramento; pero lo cierto es, que para que ſe les dé alguna fee, requieren todos los Juriſtas ſabios, y juicioſos, tres condiciones, que el comunicato ſe prevenga expreſſamente por el Teſtador en el miſmo Poder: que ſea contraido à materia cierta, y determinada: Y que aun con eſtas calidades la Declaracion del Comiſſario ſea veroſimil, y conſte de probables conjeturas, y preſumpciones, (11.) y aunque ſea verdadera, y cierta, previene el gran Cardenal de Luca con el Maſcardo: (12.) con que ſi ſegun las citadas Leyes, la Declaracion de los Comiſſarios en hechos reſervados, é importantes, no merece fé, ſino eſtà contextada, y apoyada expreſſamente por el Teſtador: (13.) no eſtandolo, ni haviendoſe prevenido eſpecial, y ſeñaladamente por el Don Gaſpar en el Poder; no ay fundamento probable para aſentir, ni creer â la Doña Maria Laura ſu Comiſſaria, mayormente en tan grave perjuicio de la Doña Maria Nicolaſa.

(10.) Maſcard. *de probat. concluſ. 709. per totam.*

(11.) D.Vela *diſſ.* 38. *n.*73. *tom.*2.

(12.) Card. de Luc. *de Fideicom. diſc.*182.*n.*15. Maſcard. *de Probat. volum.* 2.*concluſ.*486.*n* 5.*&* 6.

(13.) Idem Vela *ubi proxime.*

Perſuaden la razon de eſta Doctrina la Prudencia, y la experiencia; todo Comiſſario en quanto declara la voluntad reſervada del Teſtador, viene á ſer un teſtigo confidencial; (14.) un teſtigo ſolo, aunque ſea authorizado, y de la mayor Dignidad, no puede ſer crecido (15.) ſobre un hecho, que trae grave perjuicio de tercero: Luego ſi ſemejante condicion perjudica tanto à la Doña Maria Nicolaſa, como que la priva de la ſuccesſion del Vinculo, ni la equidad, ni la Juſticia pueden permitir ſe haya de creer tal comunicato ſobre el dicho de ſolo un teſtigo, aunque ſea muger del miſmo Fundador, pues ni eſta circunſtancia, ni otra mayor de que eſtuvieſ-

(14.) Card. de Luc. *de Fideicom. diſc.*182 *n* 9.*lib.*10. Mantic. *de conject. lib.*3.*tit.* 1.*n.* 1.

(15.) *Cap.* 13.*de teſt. gloſ. in cap. placuit de conſec. diſt.* 4. D.Vela *diſſ.* 8.*n.*10. Marſcard *de Probat. concl.* 1011.*& concl.*163.*n.*4.*&*5. Narbon.*in leg.*60.*gloſſ.unic. n.*66.*tit.*4.*lib.*2.*recop.*

ſe

se assistida, persuade se le haya de dàr fè, siendo unico, con tanto daño de la interessada. (16.)

Si la Declaracion de un testigo solo no es apreciable por todo derecho, (17.) què diremos, quando al mismo tiempo es interessado en lo que declara? O quando está vario, ò contrario: Tachas son, que qualquiera destruye toda la fé, que por qualquier otro respecto pudiera merecer: (18.) Nos quiere hacer creer Doña Maria Laura le comunicó su marido era su voluntad se pusiesse la condicion contenida en el Testamento, pero no en el Poder reciproco, con el fin de remover á su sobrina Doña Maria Nicolasa, de que se casasse con Don Eusebio Ladron, por lo exoso, que assegura le era este Matrimonio, para dár con esto valor â su propria disposicion, quando no fuera mas, que el interes, que en ella tiene, (19.) como su Comissaria, y que no puede prescindir su intencion, è interes del hecho del comunicato, en que la quiere fundar, era este bastante à desminuir la fè de su Asercion: con que con quanta mayor razon, quando resulta el particular que tiene dicha Comissaria en que succedan en el referido Vinculo los hijos de Don Diego de Castro, á quienes ha llamado, y con cuyo sobrino ha contraido matrimonio, por la especial afeccion, y amor, que es preciso presumir les tiene, no solo por este hecho, sino por la subordinacion con que vive fiada toda à la direccion del expressado Don Diego; y si este es tan poderoso, y eficaz, que hace presumir borrado en las Madres el natural cariño para con sus proprios hijos; motivo justo, porque la Léy (20.) las priva de su tutela, passando à contraher segundas Nupcias. No debe extrañarse haya succedido esto mismo en la Doña Maria Laura con su sobrina, y que à pretexto del comunicato la haya querido privar de la succesion del Vinculo, prefiriendo en ella à los otros, que le son predilectos por las referidas causas.

No solo se halla ser interessada esta Comissaria en lo que declara sobre el comunicato, sino que està varia, pues atendida la que hizo en el mencionado Testamento, procede con la generalidad, que la misma condicion

(16.) D.Cobarr.*pract.quaest.cap.* 33 *n.* 3. Masc. & Vela *ubi proxime.*

(17.) Barb.*Axiom.Jur.* 70. *cap. ego solis dist.* 9.*gloss. in cap. sicut de sentent. excomunic.* D.Cobarr.*ubi proxime: vers.his acced. C. licet. universis: cap. Veniens : C. in omni negotio de test. L.* 32. *tit.* 16.*part.*5.

(18.) *Cap.* 6.12.20.22. 24. 39. & 55. *de testib.caus.*3 *quaest.*2. L.18.*& sequent.tit.*16.*p.*3.

(19.) Carp.*de execut. & comis. testam. lib.* 3.*cap.*8.*n.*33.

(20) *Cap* 67.*de Apellat.L.*4.*&* 5. *part.*6. *tit.*16. Menoch.*de arbitrar.lib.* 2. *cas.* 151.

(21.)
Mem ajust. fol. 11.

(22.)
Carp. *ubi proxime num* 40.

(23.)
D. Covarr. *in cap. cúm tibi de testam. in fin.*
Carp. *de execut.& testam. lib.* 2. *cap.* 23. *n.* 5. *&* 8.

(24.)
D.Castill. *lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 20.
Spino *de testam. gloss.* 5. *n.* 23. *&* 24.
Gomes *in leg.* 31. Taur. *in prin. L.* 11. *tit.* 3. *part.* 6. *&* 29. *tit. eadem part. L.* 32. *ff. de heredibus instit.*

(25.)
Cap. afferte mihi gladium de præsumpt.

(26.)
Mem. ajust. fol. 24.

cion expressa, y en la que hizo en los Autos (21.) con la especialidad, y limitacion, que manifiesta, de forma, que viene à ser testigo unico, vario, y en causa propria; pues à mas de que propria accion de los Comissarios se llama lo que toca â su oficio, y comission; (22.) queda fundado el q̃ tiene por los motivos referido: en cuyo supuesto es ya facil conocer la indispensable necessidad, que ay, y exigen las patrias Leyes de que el comunicato sea expresso, y determinado en el Poder, con los demàs requisitos, y condiciones, que quedan tocadas, para que à las declaraciones de los Comissarios, aunque intervenga juramento, se les haya de dàr acenso, y credito en hechos de importancia, y que traen tan grave perjuicio de tercero; porque à la verdad, si los comunicatos de los Testadores â sus Comissarios se huviessen de creer solamente sobre la fé de sus proprias Asserciones, vendria à verificarse, que lo principal de las disposiciones testamentarias, podia depender, y consistir en voluntad agena, cuyo inconveniente previno juiciosamente el Sr. Covarrubias, (23.) y infinitos lo consideraron como opuesto al natural derecho, conviniendo todos en que las Leyes assi Civiles, como Canonicas, (24.) lo detestan, y resisten en qualquier sentido, y de qualquier modo.

Sirven de eficaz prueba las presumpciones, siendo violentas, y fundadas en razonables conjeturas; (25.) pero tiene la desgracia Doña Maria Laura de que no ay alguna de esta classe, en que pueda apoyarse la certeza del comunicato; la unica que pudiera tomarse de lo que depusieron el primero, y quarto testigo (26.) de la probanza, que tratò de hacer en quanto deponen, le oyeron decir à el Don Gaspar en las dos ocasiones, que refieren; sentia infinito se casasse la Doña Maria Nicolasa con el Don Eusebio, y que si tal llegaba à hacer, no le daria, ni dexaria cosa alguna: à mas de ser tan debil por el modo, singularidad, y demàs que contra sì tienen los referidos dos testigos, està elidida de todo punto, con la que produce el haverse justificado, que el citado D. Gaspar tratò hasta la ultima hora en que muriò à la expressada

ſada ſu ſobrina, con el miſmo extremo de cariño, que ſiempre, ſin que en quanto à eſto ſe huvieſſe notado la menor novedad; (27.) ſiendo preciſo por eſto creer, ó que aquellas expreſsiones, que los teſtigos refieren, nacieron de un leve enfado, por querer tal vez el D. Gaſpar â esfuerzos de lo mucho, que amaba á ſu ſobrina proporcionarla caſamiento aun mas ventajoſo, ó que quando aſsi no fueſſe, como era tanto el cariño que la tuvo ſiempre, no permaneció en ſemejante deliberacion; y eſto lo comprueba con evidencia el que en el Poder reciproco no expreſsó ſemejante condicion, ni otra coſa alguna, que aludieſſe â ello; y era regular, que ſi ſu voluntad, y animo huvieſſe ſido el que ſe quiere arguir, lo huviera expreſſado en el Poder, no arrieſgandolo à las muchas contingencias, que pudieran impedir ſu cumplimiento; con que ſiendo eſta mucho mas fuerte, y conforme al cariño, y amor, que ſiempre conſervò à ſu ſobrina, y que favorece la validacion del llamamiento, que aſsimiſmo quiſo ſe hiciera en primero lugar de ella, debe prevalecer, (28.) y à ella como mas veroſimil ſe debe eſtár; (29.) y mucho mas, militando por el Don Euſebio, y ſu Familia igual preſumpcion de amor, y cariño; pues el Don Gaſpar los eſtimó con el mayor extremo, fiandole las dependencias de mayor arduidad, lo que junto con no notarſe diſparidad alguna, de que pudieſſe reſultar ofenſa alguna, es ſumamente violento el preſumir el odio, y adverſion, que arguye el aſerto comunicato: el que de ningun modo reſulta juſtificado, ni por la declaracion de la Comiſſaria, ni por preſumpcion alguna, ſegun ſe ha demonſtrado, y hecho vèr.

(27) *Id. mem. ajuſt. cit. fol.* 24.

(28.) *Cap.* 25. *de verbor. ſign.*

(29) *Arg. cap.* 10. *de probat.*

PUNTO SEGUNDO.

DEBIò LA COMISSARIA HAVER HECHO la fundacion del Vinculo, llamando en primer lugar à la Doña Maria Nicolaſa, ò haciendo expreſsion de ſu excluſion por la contravencion, y en quanto aſsi no lo hizo, contravino à la voluntad del Fundador, y ſe debe entender llamada, no obſtante, y ſu deſcendencia.

ES tan eſtrecha la obligacion de los Comiſſarios à cumplir, y executar la voluntad de los Teſtado-

res

res en los mismos terminos, modo, y forma contenidos en su comission, que en ningun caso, ni por ningun motivo les es permitido dexar de hacerlo assi; (1.) siendo esto cierto en tanto grado, que si en alguno no lo hacen, se entiende hecho: (2.) con que si la voluntad declarada de Don Gasprr de Castro, segun està justificado, (3.) fué se llamasse à su sobrina Doña Maria Nicolasa en primero lugar à la succession de el Vinculo, que fundó; en quanto assi no lo executò su Comissaria, contravino à ella, faltando à la obligacion de haver executado lo que le comunicò: y por lo mismo su sobrina debe entenderse realmente llamada, y su descendencia, (4.) reduciendose al estado, que manifestò la voluntad del Fundador.

Fundando su intencion Doña Maria Nicolasa, para la succession del referido Vinculo en la expressa declarada voluntad del mismo Fundador, principal Ley de que no se puede prescindir, (5.) no lo puede perjudicar, ni privar de ella el hecho de la Comissaria; ni el que esta, à pretexto de decir haver contravenido á una condicion, que à mas de no haverse justificado fuesse demente del Fundador, es irritante de naturaleza torpe por opuesta à la libertad del Matrimonio, tan recomendada no solo por los Sagrados Canones, (6.) sino por las Leyes fundamentales de el estado, (7.) interessado tanto en el mayor numero de casados, para evitar assi los perjuicios, que trae el celibato à la Poblacion, y con ellos el mayor numero de contribuyentes; y que siempre se debe tener por no escrita, no solo por lo oportunamente fundado en la primera defensa, con authoridad de los S.S. Castillo, y Molina, que fundados en la del gran consulto Papiniano, (8.) assi lo resuelven abiertamente, sino tambien por lo que con mas extension, que todos, fundò con muchos el Fontanela, (9.) re firiendo varias Execu torias, assi de los Tribunales de estos Reinos, como de los Extrangeros, por las que siempre se determinò contra semejantes condiciones, y à favor de sus contraventores, siendo entre todas especial de la que al numero ocho hace mencion, la aya

que-

(1.) C. *Significatum*, & *Clem. quia contingit de relig. Domib.cap.tua nos de testam.* P. Molin. *De just. & jur. disp.*249.*num* 1. D.Rox.de Alm.*disp.*2. *quaest.* 2. *n.* 8. D.Valenz. *Cons.* 90. *n.* 28. & *cons.*92.*n.* 111. Gutierr. *cons.*1 *n.*1. & 2.

(2.) *L.* 33. Taur. *in fin.*

(3.) *Mem.ajust..fol.* 11. & 28.

(4.) *L.cit.*Taur *in fin.*D.Molin. *De Primog. lib.* 2. *cap.* 12. *num.*36.

(5.) D.Molin.*De Primog. lib.* 1. *cap.*2.*n.fin.* & *cap.* 8. *n.* 37. D Vela *Differt.* 49. *n.* 50.

(6.) *Cap. cúm locum de Spons. Abb. Pan. in cap. fin. de secund.Nupt.*

(7.) Rod. *Suar.in repettit.leg.* 2. *de los casamientos num.* 22.

(8.) *L.* 72.*ff. de condit. & demonst.*§.4. Ibi: *Si arbitratu Titij seia Nupserit, haeres meus, eis fundum dato, vivo Titio, etiam sine arbitrio Titij eam nubentem Legatum accipere respondendum est, eaque legis sententia videri, né quid omnino Nuptiis impedimentum inferatur.*

(9.) Font.*de Pact.Nup. claus.* 6. *glos.*3.*part.*5 Marescot.*cap.* 73 *lib.* 1. Riccius *collect.* 1351.*part.*4.*cancer. variar. part.* 3. *cap.* 7 *de Pactis á num.*279 *ad* 295. Surdo *decis.*220. *num.*95.

querido contemplar tacitamente excluida, à fin de haverla preferido, puede producir, ni obrar efecto alguno en perjuicio del derecho, que tan justamente le le adquirió por la voluntad del Fundador á la Doña Maria Nicolasa su sobrina; pues no se puede negar, que las referidas condiciones como reprobadas por la Ley, no pueden inducir privacion, ni exclusion alguna. (10.)

(10.) *L. Sejus, & Agerius ff. ad Leg. Falc. P. Thom. Sanc. de Matrim. lib. 1. disput.* 34. *n.* 32.

El premeditado estudio con que obrò la Comissaria en semejante pretericion, privando por ella absolutamente à la Doña Maria Nicolasa de la succesion del Vinculo, estorvando asi qualquier instancia que pudiera hacer, ó reclamando lo injusto, è irritante de la condicion, ó impidiendo, que muerta la Comissaria, entrasse á ocupar la succesion el primero llamado por ella, lo que no sucederia asi, á haver hecho mencion de su exclusion al menos en dicho Testamento; descubre bien claramente no procedió en esto con la synceridad, que quiere persuadir: ni lo consigue, porque con advertida prevencion manifieste en su declaracion, (11.) que el no haver hecho mencion en el Poder de la citada Doña Maria Nicolasa fué por haver dexado confiado à su arbitrio su Marido la llamasse, ò no, segun viesse se portaba: Que el haverse puesto en el Testamento la condicion con la generalidad, que suena, fuè por no lastimar, ni ofender el honor del Don Eusebio: Que haviendolo assi declarado, y explicado, y haver sido el animo de su Marido no se llamasse à su sobrina, si se casaba con el Don Eusebio, una vez que cerciorada de ello se casò con él, no debiò llamarla à la succesion, sino haverla preterido como lo hizo; esto es lo que se quiere persuadir para exculpar un hecho de tan graduado perjuicio, sin mas comprobacion, que la desnuda asercion de la Comissaria, tan interessada en ello como se ha fundado: con que como hemos de persuadirnos á creer unos hechos tan distantes de la realidad, y verosimilitud, como agenos del justificado grande amor, y cariño de Don Gaspar para con su sobrina, sin estar expressamente contextados; y apoyados por el referido.

(11.) *Mem. ajust. folio*

Sola esta reflexion bastaba para convencer tan artifi-

ficiosas respuestas; pero permitasenos en obsequio de la verdad inquirir con qué facultades haviendo esta Comissaria declarado la voluntad de su Marido en el Testamento, que otorgó, se introduce â semejantes declaraciones, y explicaciones; ò con quales passa á limitar, reduciendo à particular la generalidad de la condicion que ella misma puso en el Testamento, declarando havia sido voluntad de su Marido: Lo primero lo prohibe expressamente la Ley. (12.) Lo segundo no ay authoridad en que se apoye.

(12) L.35.*Taur.*

(13.) Cancer. *Variar.* 3. *part. de Legatis cap.* 20.*n.* 407. Fontan. *de pact. Nupt. ubi supra num.* 58 Surdo *lib.*3.*cons.*425.*n.*43.

Resuelven los A. A. que tocaron (13.) la question de si el Comissario podia limitar, ó reducir à particular la generalidad de la clausula contenida en el Testamento, que es necessario para ello, ò que el Testador lo declare por otro instrumento igualmente solemne, ò que se justifique con siete testigos, que contextemente depongan haverselo oido â èl mismo; afirmando no basta, que tres, ò quatro, que se hallaron presentes al tiempo, que el Testador declaró, que la condicion de no casarse sin el consentimiento de alguna persona, tenia su unico, y especial espiritu en que no se casase con tal determinado sugeto, y que en caso de casarse con èl, quedasse excluido, digan haverlo assi oido, para que se tenga por prueba bastante, sino, que como torpe se ha de tener por no escrita, estandose à la generalidad de la condicion como suena, por quanto de lo contrario se abriria un facil puerta para destruir las disposiciones testamentarias, y las solemnidades á que las ligó, y sujetò la Ley.

Tampoco es suficiente la noticia con que se quiere contemplar instruida, ô cerciorada â la Doña Maria Nicolasa de la referida condicion, á efecto de que se diga haver contravenido, y que se le haya de considerar excluída, assi porque quando se le dió, aun no estaba estendido el Testamento, que se hizo mucho despues por la Comissaria, ni se le hizo saber de forma, que con precision debiesse haverla tenido por cierta, como, y lo que es mas, porque su declaracion no es bastante; es expresso sentir del Fontanela, (14.) quien con otros

(14) Fontan. *loco proxime cit. num.* 75. Surdo, *lib.* 3 *cons* 403.*n.*76. & *cons.* 425. *n.* 41. L. *conditionibus. ff. de interrogatoriis actionibus.*

fun-

funda, que la declaracion del llamado no le obsta, ni perjudica, ni por ella debe tenerse por instruido en forma bastante de la voluntad del Testador, para que se diga contravenir á ella, esto aunque al tiempo de explicarsela à los testigos, se justificasse haverse hallado dentro del mismo Aposento: con que no solamente no se le puede considerar cerciorada, sino aun ignorante de semejante condicion á la referida, en cuyo caso ninguno dirá se le pudo privar, pues solo la contravencion dolosa (15.) induce la privacion, y exclusion.

(15.) Add. ad D. Molin. *de Primog. lib.2, cap.13. n. 30.*

Hagamos uso de estas Doctrinas en nuestro caso, reflexando, que ni la Doña Maria Nicolasa se halló presente al aserto comunicato de su Tio con la Doña Maria Laura: Que siempre habló con referencia á lo que esta le decia: Tenia pues obligacion à persuadirse à que era cierto, y verdad, quando no veìa reducido à instrumento publico la prevencion? Mas bien no deberia creer se le queria persuadir por estos medios à que se separara del matrimonio, que no à que esta era la voluntad de su Tio, quando, si asi fuesse, era mas regular, y aun preciso, que su Comissaria huviera hecho la diligencia, que despues, y solemnemente se la huviera intimado: Luego si el Difunto se explica con una clausula general, estando al Testamento: La Comissaria se está pasiva, y haste passado un año no lo ordena, y hace; en él no explica la generalidad de la clausula, ni la convierte en particular; como pues le ha de perjudicar à la llamada, ni lo que le dixeron, y no tenia motivo para creerlo cierto; ni lo que despues se ha obrado à fin de defraudarla, y privarla de la succesion del Vinculo, por las nuevas conexiones contraidas entre la Comissaria, su marido Don Geronymo de Aguilar, y la Familia de Don Diego de Castro, que es quien se ha justificado (16.) haver notado la extencion del Testamento, consultando su propria utilidad; y asi, aunque Doña Maria Nicolasa confiesse las persuaciones, que la hacia Doña Maria Laura, para que no se casase con Don Eusebio, porque de lo contrario nada heredaria, no se puede, ni debe tener por bastante, para que se diga excluida, y pri-

(16.) *Cit. Mem. ajust. folio* 13.

privada de ſucceder, mayormente, eſtando ſin libertad, quando ſe le comunicò ſemejante noticia, por tener ya contraidos eſponſales con el Don Euſebio antecedentes à la extenſion del Teſtamento, y condicion en él contenida, con que querer obligarla entonces á ſu cumplimiento, ſiendo impeditiva del Matrimonio, era verdaderamente incitarla à cometer una culpa mortal, y por lo miſmo ſe debia repeler como torpe, ſin que ſu contravencion pueda obrar efecto (17.) alguno.

No obró la Comiſſaria tan ſencillamente en no aver hecho mencion de la excluſion de ſu ſobrina, como trata de perſuadir; pues no podia dexar de conocer, què no ſolo perjudicaba con ello à la referida, ſino á toda ſu deſcendencia; que con preciſion debia contemplar llamada (18.) en ella; pues no ſolo le privò el uſo de todas las acciones, que pudiera intentar contra la referida excluſion, impidiendo, que entràra à ocupar la ſucceſion muerta la Comiſſaria, el que eſta llamó, ſino el q̃ á nombre de ſu hijo Don Juan Maria reclamàra, que la contravencion de ella, quando fueſſe vàlida la condicion, no le podia perjudicar, y que debia entrar indubitablemente en la ſucceſion del Mayorazgo, ſin poder ſer excluido de ella, mediante haverſe concebido, y nacido antes de radicarſe la referida ſucceſion en la expreſſada ſu Madre, baſtando, que aun nacieſſe pendiente el litigio ſobre la miſma contravencion, pues como adherente à la perſona de ella, no podia tranſcender à la linea, y deſcendencia, (19.) por no poderſe contemplar apetecido en todos los ſucceſſores, como ſuccede, y ſe entiende (20.) en el precepto de caſar dentro de la Familia, ò prohibirſe hacerlo con perſona plebeya, ò de otra calidad intrinſeca, que ſe entiende repetida en todos, ſiendo mui oportuno para comprobacion de eſto el Lugar del Fuſario, (21.) donde refiriendo cinco caſos de contravencion del Padre à ſemejante Precepto, bien que valido reſuelve los quatro á favor del hijo por igual motivo: como tambien las dos Deciſiones, que refiere el Fontanela (22.) ſobre un caſo, que en ſus particularidades es quaſi ſin diferencia del nueſtro, à excepcion

de

(17.) P.Thom.Sanch. *de Matrim. lib. 5. diſp. 19 á n. 7.* ibi: *Ergo à fortiori rejicietur modus impoſſibilis, & turpis, qui incitat ad peccãdum, cùm hic non ſuſpendat contractum, ſed adveniat contractui jam perfecto, & confirmatur, quia in alliis contractibus ubi impoſſibilis con litio vitiat, certè rejicitur, ac ſi apoſſitus non eſſet.* D. Moin. *de Primog. lib. 2. cap. 12. n. 42.* Cancer. *Variar. tom. 3 cap. 7 n. 276. per totum.*

(18.) D. Rox *Alm. diſp 1. q. 1. §. 1. n. 4.* ibi: *Vocata, & prædilecta aliqua perſona ad ſucceſſionem Majoratus judicantur ſimul vocati, & prædilecti omnes ſui deſcendentes legitimi, & ii omnes ſubintrant ſuo ordine loco Patris.* Aguil. ad Rox. *part. 5. cap. 4. n. 28.* D. Covarr. *pract quæſt. cap. 38. n. 11.* Torre *de Majorat. tom. 1. cap. 24. n. 25.*

(19) D. Olea *de ceſ. tit. 3. q. 4. á n. 20. late ejus Add. ad dict. queſt. num. 1.*

(20.) D.D. Creſps *Obſerv. 22. per totam.*

(21) Fuſario. *de ſubſtit. q. 575*

(22.) Fontan. *deciſs. 368. & 369.*

de ſer en el valido el precepto de haverſe diſputado una herencia entre una hija del Teſtador, y una nieta, que al tiempo de ſer llamada ſu Madre, no havia nacido, ni à eſta ſe le havia deferido la ſucceſsion, contraviniendo al precepto impueſto, antes de llegar el tiempo de que la pudieſſe obtener, y de que la privó ſu contravencion, à favor de la hija de dicha Contraventora, por no obſtarla que lo huvieſſe ſido la referida ſu Madre, y por lo miſmo tan artificioſa preterición no puede obrar efecto alguno en perjuicio de los intereſſados.

Ultimamente reduciendoſe toda la principal dificultad de eſte Pleyto, aſsi la voluntad de el Don Gaſpar de Caſtro fue condicionada en los preciſos terminos, que ha explicado ſu Comiſſaria, eſtando fundado, que la Aſſercion de eſta por inveroſimil, unica, varia, y lo que es mas, no hallarſe contextada, y apoyada expreſſamente por el referido en el Poder, no merece fè alguna, ni à ella puede eſtarſe en tan conocido perjuicio de tercero, no la ay en que contra ella ſe debe declarar haverſe transferido la poſſeſsion del relacionado Vinculo en la citada Doña Maria Nicolaſa, ſin embargo de la ponderada contravencion, y caſo de eſtimarſe eſta, en D. Juan Maria ſu hijo; à cuyo propoſito concluirémos eſtas cortas reflexiones, afianzando todo lo diſcurrido con la recomendable authoridad de Pekio: Pregunta eſte Autor, (23.) tratando eſta miſma materia de intento; ſi ſe ha de creer à la muger, que afirma, que ſu Marido le confiò ſecretamente la execuſion de alguna parte de ſu Teſtamento, y reſponde abiertamente, que de ningun modo; pues como mediando Vinculo tan eſtrecho, y la vehemente preſumpcion, aſsi de la confianza hecha de ella, como de ſu Chriſtiano buen obrar? Con todo, que no ſe ha de creer reſuelve el citado Autor, (24.) por quanto en el fuero externo de las Leyes Civiles, no es baſtante eſta preſumpcion general, que tratandoſe de perjuicio de tercero, ceſſa, y ſe requiere una plena juſtificacion: (25.) lo otro, porque eſto ſeria abrir una gran puerta à los fraudes, ſi ſe dexàra en el libre advitrio de la muger: Puede darſe confirmacion mas expreſſa, que

la

(23.) Pekio *lib. 1. cap. 21. per totum.* ibi: *Utrum* (dice) *credendum ſit uxori, dicenti maritum, quæ fieri vellet, ſecreto ſibi comiſiſſe: Soli, ſimplicique dicto uxoris aſſerentis maritum ſecreto ſibi aliqua diſpenſanda commiſiſſe, ſtandum non eſſe ſatis liquet, neque hæredem ut ei pareat compelli poſſe.*

(24.) *Idem auth. ubi ſupra,* ibi: *Licet enim quilibet præſumatur bonus, tamem cùm agitur de præjuditio alterius ceſſat hac præſumptio, & probatio plena requiritur, cap. Cùm à nobis de Teſt ib. Late Alciat. Reg. 3. de preſumpt. cap. 2.*

(25.) Idem Pekius *ubi proxime. Alioqui in manu uxoris eſſet pro ſua voluntate hæredem onerare, & ſic pateret feneſtra fraudibus, contra legem in fundo, ff. de rei vind. eoque modo videmus de mandato Principis nemini fidem haberi, niſi qui id ſcriptis probaverit, ex leg. 1. Cod. de mandato Principis. Neque parendum ei, qui ſe judicem delegatum aſſerit, niſi probata delegatione, ne quidem cardinali.*

la Doctrina, que vá ſentada, el citado Author niega ſe haya de preſtar deferencia á la muger, que aſſegura el comunicato ſecreto de ſu marido, por no abrir puerta à los fraudes, lo miſmo diſponen nueſtras patrias Leyes, porque ya han experimentado eſſos deſordenes: Ibi. (26) *Y los tales Comiſſarios hacen muchos fraudes, y engaños con los tales Poderes, extendiendoſe á mas de la voluntad de aquellos, que ſe los dán*: con que ſi las Lèyes fundamentales de la Nacion, los A. A. mas graves, y aun la miſma experiencia deciden, que no baſtan, ni deben ſer creidas las Aſſerciones de eſtos Comiſſarios, porque ſe ha de ereer à Doña Maria Laura ſobre ſu palabra, privando de la ſuccesſion de un Mayorazgo, à que conſta debió ſer llamada en primer lugar Doña Maria Nicolaſa, quien con eſtos fundamentos eſpera, y confia ſe determine à ſu favor. S. T. S. D. C. Sevilla, y Marzo 11. de 1770.

(26.) L. 31. Taur.

Lic. Don Thomás Chriſtoval Romero Agredano.

Eſtà conforme con el Hecho, que reſulta dé los Autos. Sevilla, y Marzo 14. de 1770.

Lic. Don Fernando Saturnino Solano.